

De the People

學術論文集

of the United States, in order to form a more perfect Union, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do hereby establish this Constitution for the United States of America.

競爭法與智慧財產法 之交會—相生與相剋之間



黃銘傑 著

D927.582.294.4/2

2006

競爭法與智慧財產法之交會

——相生與相剋之間

黃銘傑 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

競爭法與智慧財產法之交會：相生與相剋
之間／黃銘傑著．— 初版．— [桃園縣中壢市
]：黃銘傑出版；臺北市：元照總經銷，
2006[民 95]
面； 公分

ISBN 978-957-41-3823-4（精裝）

1 公平交易法 — 法規論述 2.智慧財產權 —
法規論述

553.4

95013456

競爭法與智慧財產法之交會 ——相生與相剋之間

56WKD02601

2006 年 9 月 初版第 1 刷

作 者 黃銘傑

出 版 者 黃銘傑

總 經 銷 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 550 元

訂購專線 (02)2375-6688 轉 503 (02)2370-7890

訂購傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號 ISBN-10 957-41-3823-2

ISBN-13 978-957-41-3823-4

自序

電視裡，日本綜藝節目「電視冠軍」的最後，主持人總會向從各行各業菁英中脫穎而出之達人中的達人，詢問一句話：「對你而言，○○究竟是一件什麼樣的事情呢？」過去，聽到這一句話，我會經常自問：「對我而言，競爭法究竟是一件什麼樣的事情呢？」答案總是茫然，也理解到自己有關競爭法的研究，距離達人的境界依舊尚遠。最近幾年，隨著研究觸角逐漸伸入智慧財產法，些許瞭解到競爭法與智慧財產法二者間，似乎有那麼點同源的親戚關係，但時而卻又像我二個女兒一樣，雖屬同源卻經常水火不容。究竟，對競爭法而言，智慧財產法是一件什麼樣的事情？反之，對於智慧財產法而言，競爭法又是一件什麼樣的事情呢？這本書，就是近幾年在這樣一個問題意識下的產物。

「知識經濟」已經成為我們這個時代、這個社會的流行語，為鼓勵知識之研發與創造，提供其生產誘因，政府部門與民間企業似乎都有共同的認識，必須強化對於知識保護之智慧財產法制的規範。然則，知識絕少是無中生有的，其發展就如同牛頓所言，是「站在巨人的肩膀上」，因此可以看得更遠，產出更好的知識結晶。每一個時代的人們，都肩負著承先啟後之使命，致力於新知識的開創，造就出更巍峨的知識巨人。倘若，知識為少數人所擁有、獨占，則所謂承先啟後將無由開展，且將妨礙知識巨人的健全成長。賦予知識一定期間排他獨占權的智慧財產法制，在促進知識開發誘因的同時，卻也內含此種阻礙知識進展的因

子。如何藉由競爭理念，排除不當獨占力量的濫用，以良性競爭刺激知識發展，厥為競爭法之現代課題。

因為競爭而有知識之研發與創新，研發、創新成果雖為競爭之利器，但不能濫用之成為阻礙正常競爭的武器，競爭法與智慧財產法制就是處在這種既合作、又對立衝突的矛盾情境中，如何平衡二者之規範，增進其良性互動，乃是時代課予政府相關部門之使命。本書所收錄的各篇文章，多在探討這一項課題，其分析多非單純的學理研究，而係就實際發生案例，針對政府相關部門的規範、管制手法，進行評析，間而夾雜有嚴厲之批判。法律規範命題雖無所謂對錯，但終究還是有是非可言，相關執法部門本當時刻體認競爭法與智慧財產法間之相生與相剋關係，作出妥善且平衡之決斷；惟相當遺憾地，就本書所檢討之各該事例而言，執法機關似未完全履踐其使命，時而出現偏頗一方規範之判斷，導致二法相剋面依舊大於相生面。或許，未來相關部門於執法之際，有必要時刻自問：「對於智慧財產法（競爭法）而言，競爭法（智慧財產法）究竟是一件什麼樣的事情呢？」

本書多數文章執筆過程中，筆者連續三年參加由廖義男大法官所主持的「公平交易法之註釋研究系列」，除受教於廖大法官之淵博學識與嚴謹的治學態度外，並透過每週固定舉行的討論會，與國內競爭法先進與同好，相互議論、腦力激盪，因此所獲成果不少亦反映於本書各篇文章中。三年的註釋研究過程中，對於每週的討論會，雖倍感壓力但卻是殷切期待，如今回味起來，更感到每場討論會都是一場難得的知識饗宴。謹藉由本書，感謝廖大法官及其他所有參與註釋研究之同仁。

謝謝邦桓、威良、曉青、昆霖相當有效率且辛苦的校稿，在元照出版公司全體同仁的通力配合下，本書乃得以如此精湛的面貌，呈現在各位讀者眼前，再次感謝你們的大力相助。

黃銘傑

于台大法律學院

2006年7月

目 錄

自 序

PART I COMPETITION LAW AND POLICY

假如這是真的！公平交易法適用於政治行為 3

從規制的競爭邁向規制的合作落腳於規制的融合
——回應權五乘教授「東亞共同市場的形成與競爭法的
課題」一文

壹、前 言	17
貳、建立東亞共同市場與統一競爭法制所面臨之挑戰	18
參、競爭法的合作與融合	26
肆、結 語	35

聯合行為成立與市場界定、影響市場功能認定間
之理論與論理

——評最高行政法院九十二年度判字第一三三六號判決

壹、事實概要	39
貳、判決評析	43
參、結 語	73

公平交易委員會搭售規範之弔詭

——論公平交易法第十九條第六款適用於搭售行為之合理性

壹、前 言	77
貳、搭售行為規制之法律基礎與理論架構	79
參、公平交易委員會搭售規範之實務運作分析	86
肆、公平交易委員會搭售規範之問題點與盲點	105
伍、公平交易法第十九條第六款不適宜作為搭售規範 之依據及未來應有之規範作為	118
陸、代結論——應再思索的幾個搭售規範問題	123

公平交易法第二十三條不當多層次傳銷「主要」、 「合理市價」二項要件之分析

——評司法院大法官釋字第六〇二號解釋

壹、解釋文及理由	129
貳、評 析	132

PART II WHEN COMPETITION LAW MEETS INTELLECTUAL PROPERTY LAW

專利授權與公平交易法

——以拒絕授權與強制授權為中心

壹、前 言	165
貳、公平交易法第四十五條規定之定位與意義	168
參、拒絕授權與公平交易法	174
肆、公平交易法與專利法上之強制授權	180
伍、結 語	183

國民中小學教科書、參考書市場競爭行為與 公平交易法

壹、前 言.....	187
貳、教科書、參考書市場競爭之特殊性及公平交易法 之規範.....	190
參、教科書市場對參考書市場之影響及公平交易法之 規範	205
肆、著作權法對教科書、參考書市場之影響與可能的 改革方向	224
伍、結 語.....	231

專利集管（Patent Pool）與公平交易法

——評行政院公平交易委員會對飛利浦等三家 事業技術授權行為之二次處分案

壹、事實概要及處分理由	235
貳、評釋——處分主文及理由，均難贊同.....	241
參、結 語.....	284

公平交易法第二十條第一、二項「表徵」之意義 及其與新式樣專利保護之關係

——評最高行政法院九十二年判字第一六四九號判決

壹、事實概要	289
貳、判決理由	290
參、評 析.....	293
肆、結 語.....	326

智慧財產侵害警告函與公平交易法之適用

——專利權權利行使之意義與界限

壹、前言	331
貳、「審理事業發侵害著作權、商標權或專利權警告 函案件處理原則」	335
參、美國反托拉斯法之Noerr-Pennington法理	346
肆、公平交易委員會實務運作之盲點	360
伍、公平交易委員會實務運作之問題點	369
陸、結語	378
附件	380

功能性立體商標與專利權保護間之競合與調和

壹、前言	385
貳、商標法對立體商標之規範	388
參、立體商標與專利制度	396
肆、結論	408

PART III INTELLECTUAL PROPERTY LAW AND ITS FUTURE

專利侵權損害賠償訴訟「故意、過失」之要否與 損害額之計算方式

——評最高法院九十三年度台上字第二九二號判決

壹、事實概要	417
貳、判決理由	418
參、評析	420

專利法修正後專利爭訟制度應有之改革

——以專利權效力爭訟程序為中心

壹、前 言.....	449
貳、我國現行專利權效力爭訟程序之構造.....	452
參、外國法制有關專利權效力之爭訟程序設計.....	459
肆、專利權效力爭訟制度應有之理念與配套措施.....	467
伍、專利權效力爭訟制度改革方向與作法.....	476
陸、結 語.....	482

日本著作權法制發展特色及對我國著作權法 未來發展之啟示

壹、前 言.....	487
貳、日本著作權法制之一般規範特色.....	488
參、日本著作權法制之具體規範特色.....	492
肆、代結論——日本著作權法制發展對我國著作權法 之啟示.....	506

PART I

COMPETITION LAW AND POLICY

- ❖ 假如這是真的！公平交易法適用於政治行為
- ❖ 從規制的競爭邁向規制的合作落腳於規制的融合——回應權五乘教授「東亞共同市場的形成與競爭法的課題」一文
- ❖ 聯合行為成立與市場界定、影響市場功能認定間之理論與論理——評最高行政法院九十二年度判字第一三三六號判決

❖ 公平交易委員會搭售規範之弔詭
——論公平交易法第十九條第六款適用於搭售
行為之合理性

❖ 公平交易法第二十三條不當多層次傳銷
「主要」、「合理市價」二項要件之分
析——評司法院大法官釋字第六〇二號解釋

假如這是真的！公平交易法 適用於政治行爲

有一門學問稱為公共選擇理論（Public Choice Theory），嘗試以經濟學的分析手法來研究傳統上屬政治學研究範疇之國家論、議會制度、選舉和投票行為、政黨政治、官僚制度、政策決策過程以及利益團體活動等問題。因此，亦有稱之為有關非市場意思決定的經濟分析者。此一研究潮流之起源，乃是鑑於傳統上，政治學研究多將於政治舞臺上活動的「政治人」（homo politicus），視為追求社會全體公益之人；相對於此，公共選擇論者其研究基調則是認為，不論是於政治領域或是於經濟領域中活動之個人，實皆係為追求自己效用（利益）最大化的「經濟人」（homo economicus），並以此人性觀為前提從事上述各項政治問題研究。小論異想天開地，也要東施效顰一番，試圖探討如果將現行僅適用於經濟市場及其市場行為之公平交易法（以下簡稱「公平法」），亦適用至政治市場及其市場行為的話，政黨或政治人物的行為舉止，將會違反公平法上何種規範，藉此以突顯出，現行法令規範對於政治人物及其行為是多麼寬容，而對於企業及其行為又是多麼地嚴苛。

事實上，在行政院公平交易委員會（以下簡稱「公平會」）過去的實務運作中，亦非完全沒有過政治因素考量。例如，在自由時報剛進入報業市場時，曾以訂報贈大獎、甚至送出別墅等方法，吸引讀者的購閱，依照現今公平會所頒布「贈品贈獎促銷額度案件之處理原則」，上開贈獎行為絕對是違反公平法第19條第3款不當利誘競爭者之交易相對人與自己交易之規定。然而，當時公平會以其時報業市場上，中時、聯合二大報系市場占有率超過三分之二，在二者獨占且消費者閱報習慣特殊等市場結構下，小報為求發展、提高市場占有率，實有必要以高額贈獎作為有效進入市場之手法，從而雖有利誘之舉，但不得謂其不當。惟倘若同樣贈獎行為由中時或聯合為之者，即有構成不當利誘的可能（參照公平會第59次委員會議決

議)。由此可知，公平會對於原本應屬違法之行爲，基於促進報業市場、言論市場競爭等非經濟因素考量，作出不予處分的決定。市場與政治、公平法與政治行爲規範二者間糾葛實非始自今日，其間關係亦難能有一刀兩斷的清楚切割，從而小論嘗試將公平法促進自由、公平競爭之規範理念，套用於政治市場及其行爲上，雖是有些異類，但絕非無脈絡可循。

無論如何，若假設公平法可以適用於政治市場，則首先遭遇之難題，厥爲市場界定或劃定問題。在過去與中國大陸斷絕的年代裡，毫無疑問地，台灣（當然，還要加上澎、金、馬）本島就可以視爲一個地理市場，於此市場中，各政黨（事業）間相互競爭，並可經由歷次選舉得票率（投票行爲相當於消費者對商品的選購行爲），計算各該政黨之市場占有率。然則，最近二位重要政黨主席，相繼訪問大陸所引起的大陸熱，不僅於市場上引進「一中各表」、「二岸一中」等新型商品，亦可能引發質疑，認爲台灣政黨競爭應已不再侷限於台灣島內，而當擴展至對岸及其政黨。申言之，公平法於界定市場時，通常會將潛在競爭者納入該市場範圍中，從而若對岸的共產黨可以被視爲台灣島內政黨之潛在競爭者，則市場界定就必須將其含括在內，如此結果將導致我國政治市場版圖過大，現有政黨市場占有率會被大幅稀釋，而無獨占地位認定之可能。

然而，由於兩岸人民不能互至彼岸投票，雙方間似有絕對的進入障礙存在（當然，如果有人欲以武力破除此一障礙，自又另當別論，惟此種以武力脅迫的「統一」方式，其本身就可能觸及公平法第19條第3款以脅迫方法，使競爭者之交易相對人與自己交易之違反），故而縱有瘋大陸、大陸熱之舉，亦僅能止於隔「岸」觀火，兩岸依舊分治，政治市場仍然無法融合爲一，爺爺終歸還是要回來的。於此仍舊可將台灣本島視爲一特定市場的情況下，雖然現時任一政黨（事業）其市場占有率